

**Die Normadressaten
des Diskriminierungsverbots
(§ 26 Abs. 2 und 3 GWB)**

Von

Dr. Ludwig Kouker



Juristische Gesamtbibliothek
der Technischen Hochschule
Darmstadt

DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

341 695

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Problemstellung	17
--------------------------------------	----

Erster Teil

Die Entstehungsgeschichte des Diskriminierungsverbots

1. Kapitel

Die ursprüngliche Fassung 1957	21
--------------------------------	----

2. Kapitel

Die 2. GWB-Novelle von 1973	24
-----------------------------	----

3. Kapitel

Die 4. GWB-Novelle von 1980	25
-----------------------------	----

Zweiter Teil

Wettbewerbspolitische Beurteilung von Diskriminierungen

1. Kapitel

Der eigene wettbewerbspolitische Standort	27
---	----

2. Kapitel

Differenzierte Betrachtung wirtschaftlicher Macht	30
---	----

A. Restriktive und kompetitive Macht	31
--	----

B. Das Verhältnis von ökonomischer Macht und Diskriminierungen	33
--	----

C. Diagnose ökonomischer Macht	35
I. Marktstrukturansatz	35
II. Marktergebnisansatz	36
III. Marktverhaltensansatz	37

3. Kapitel

Differenzierung von wettbewerblichen und wettbewerbsstörenden Diskriminierungen anhand einer Wirkungsanalyse	39
--	----

A. Beurteilungsmaßstab	39
B. Abgrenzungsversuche	40
I. Per se wettbewerbsstörende Diskriminierungen	40
II. Abgrenzungskriterien im Einzelfall	40

4. Kapitel

Konsequenzen für eine gesetzliche Regelung	41
--	----

A. Verbot	42
B. Verbotsinhalt	42
C. Normadressaten	43
D. Vergleich mit dem geltenden Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3	45

5. Kapitel

Wettbewerbspolitische Diskussion um ein allgemeines Diskriminierungsverbot	46
---	----

A. Erfahrungen mit dem Robinson-Patman-Act (RPA)	48
B. Vorteile eines allgemeinen Diskriminierungsverbots	51
I. Verhinderung von oligopolistischen Märkten	51
II. Wettbewerbliche Preisbildung	52
III. Erfassung von nachfrageinduzierten Diskriminierungen	52
IV. Effektivität behördlicher und gerichtlicher Tätigkeit	53
V. Präventivwirkung	53
VI. Allgemeines Diskriminierungsverbot als Korrelat zum allge- meinen Kartellverbot (Systemkonformität)	53
C. Behauptete Nachteile	54
I. Zwangskartell	54

Inhaltsverzeichnis	11
II. Geheimwettbewerb	55
III. „Roß und Reiter“	56
IV. Rechtfertigungsgründe	56
D. Zusammenfassung	57

Dritter Teil

Die Normadressaten des Diskriminierungsverbots gem. § 26 Abs. 2 und 3

1. Kapitel

Auslegungsgrundsätze	58
A. Auslegungsbedürftigkeit	58
B. Auslegungsmethoden	59
C. Kein behördlicher Beurteilungsspielraum	60

2. Kapitel

Marktbeherrschende Unternehmen	61
A. Unternehmen	61
B. Marktbeherrschung gem. § 22 Abs. 1	62
I. Anwendbarkeit des § 22 Abs. 1 im Rahmen des § 26 Abs. 2	62
II. Das Marktmachtkonzept	62
1. Darstellung	62
2. Kritik am Marktmachtkonzept	63
3. Stellungnahme	64
III. Marktbeherrschung gem. § 22 Abs. 1 Nr. 1	66
1. Tatbestand	66
2. Wettbewerbstheoretische Einordnung	67
IV. Marktbeherrschung gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2	68
1. Anwendbarkeit des § 22 Abs. 1 Nr. 2 im Rahmen des Diskriminierungsverbots	69
2. Formales Verhältnis von § 22 Abs. 1 Nr. 1 zu Nr. 2	70
3. Materielle Konkretisierung des Begriffs „überragende Marktstellung“	71
a) Potentieller Verhaltensspielraum	71
b) Wettbewerbstheoretische Einordnung	72
c) Materielles Stufenverhältnis zwischen den alternativen Marktbeherrschungsbegriffen	73

V. Konsequenzen für das Verhältnis von Normadressat und Verbotsinhalt des § 26 Abs. 2 und 3	75
C. Marktbeherrschung kraft der Vermutung des § 22 Abs. 3 Nr. 1	77
I. Anwendbarkeit des § 22 Abs. 3 im Rahmen des Diskriminierungsverbots	78
1. Rechtscharakter der Vermutungstatbestände	78
a) Restriktive Auslegung	78
b) Extensive Auslegung	79
c) Herrschende Meinung	80
d) Stellungnahme	80
2. Unterschiedliche Beurteilung bei zivilrechtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsklagen	82
II. Wettbewerbstheoretische Einordnung	84
D. Zwischenergebnisse	85

3. Kapitel

Der Abhängigkeitstatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 2 und 3	86
A. Grundsätzliches	86
I. Abkehr vom Marktmachtkonzept	86
II. Systematische Einordnung	87
1. Die Verweisung auf § 26 Abs. 2 Satz 1	87
2. Stufenverhältnis zur Marktbeherrschung	90
III. Schutzzweck	92
B. Tatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 2	93
I. Abhängigkeit	93
1. Fallgruppen	93
a) Artikel- oder sortimentsbedingte Abhängigkeit	94
b) Mangel- oder systembedingte Abhängigkeit	94
c) Unternehmensbedingte Abhängigkeit	94
d) Nachfragebedingte Abhängigkeit	94
2. Bestehende Geschäftsverbindung als Voraussetzung der Abhängigkeit?	95
II. Ausweichmöglichkeiten	96
1. Ausreichend	97
2. Zumutbar	98
a) Umfang der Interessenbewertung	98
aa) Einseitige Interessenbewertung	98
bb) Umfassende Interessenabwägung	99
cc) Stellungnahme	100
b) Objektiv-generalisierende oder subjektiv-individualisierende Betrachtungsweise	103
c) Erforderlicher Grad der Interessenbeeinträchtigung	105
d) Beschränkung auf unverschuldete Abhängigkeit	106

C. Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs.2 Satz 3 108
 I. Rechtscharakter des § 26 Abs.2 Satz 3 108
 II. Vermutungsvoraussetzungen 109
 III. Wettbewerbspolitische Stellungnahme 111
 1. Auswirkungen auf den Nachfragerwettbewerb 112
 2. Funktionszusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge
 des § 26 Abs.2 Satz 3 113
 3. Rückschluß von sachlich ungerechtfertigter Diskriminierung
 auf die Adressatenstellung 114
 4. Beschränkter Anwendungsbereich des § 26 Abs.2 Satz 3 116
 a) Funktionelle Beschränkung 116
 b) Verfahrensrechtliche Beschränkung 117
 D. Zwischenergebnisse 118

4. Kapitel

Ergebnis: § 26 Abs. 2 und 3 —
 ein allgemeines Diskriminierungsverbot 119

Vierter Teil

**Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen
 ein allgemeines Diskriminierungsverbot**

1. Kapitel

Vertragsfreiheit als Grundrecht 122

2. Kapitel

Das allgemeine Diskriminierungsverbot
 als Eingriff in die Vertragsfreiheit 123

3. Kapitel

Inhaltliche Konkretisierung der Vertragsfreiheit 124

A. Gründe für die Anerkennung der Privatautonomie 124
 B. Inhaltswandel im Verlauf der Geschichte 125
 C. Umfang der Vertragsfreiheit 126

Annex: Konsequenzen für andere kartellrechtliche Institute 128

Literaturverzeichnis 130